

La nuova disciplina delle partecipazioni “non finanziarie” al capitale delle banche: ovvero “prove” di recepimento della direttiva 2007/44/CE.

di Gennaro Rotondo

SOMMARIO: 1. La regolamentazione degli assetti proprietari delle banche e il principio di “separatezza”. – 2. Le partecipazioni dei soggetti non finanziari e la direttiva 2007/44/CE (cenni). – 3. L’art. 14 della legge 28 gennaio 2009, n. 2 e il (tentato) recepimento della direttiva 2007/44/CE. – 4. Il Provvedimento del Governatore della Banca d’Italia del 21 maggio 2009 avente ad oggetto: “Direttiva 2007/44/CE in materia di acquisto di partecipazioni qualificate in banche, assicurazioni e imprese di investimento”. – 4.1. Partecipazioni soggette agli obblighi autorizzativi. – 4.2. I criteri per la valutazione dell’istanza di autorizzazione: dalla “reputazione” del candidato acquirente (di cui alla direttiva 2007/44) alla “competenza professionale” dei soci non finanziari (ex legge n. 2/2009). – 5. Osservazioni conclusive (?).

1. La regolamentazione degli assetti proprietari delle banche e il principio di “separatezza”.

In Italia, la regolamentazione degli assetti proprietari delle banche si è incentrata, fin dagli anni ‘30, sul mantenimento di una rigida “separatezza” (1) tra banche e imprese non finanziarie (invero, su entrambi i versanti partecipativi), una soluzione imposta dal peso che gli intrecci societari avevano avuto nella grave crisi economica di quel periodo ed assicurata, inizialmente, attraverso la normativa secondaria e, più di recente, per il tramite di esplicite previsioni legislative.

Si trattava, inoltre, di una disciplina fortemente condizionata dalla natura pubblicistica delle banche e la cui evoluzione è stata discontinua e sovente dettata da dinamiche contingenti (2). Lo dimostra principalmente il fatto che l’esigenza di formalizzare le regole per l’acquisizione di partecipazioni al capitale delle banche si è posta concretamente solo agli inizi degli anni ‘90, a seguito della privatizzazione delle banche pubbliche, trovando immediata risposta normativa nella legge n. 287/1990 che, oltre a disciplinare la materia (nella sede “impropria” della disciplina antitrust), ha cristallizzato per la prima volta a livello legislativo il principio di “separatezza”.

Dopo reiterati interventi di modifica, le norme sulle partecipazioni al capitale delle banche sono state trasfuse nel testo unico bancario (d.lgs. n. 385/1993, in seguito solo “t.u.b.”) (3) e in quella sede modificate, ancora, nel 2004 (per adeguarle alla riforma del diritto societario), fino a raggiungere l’assetto attuale che, per ragioni di varia natura, si sostanzia in un corpus normativo (primario e secondario) complesso, farraginoso (4) e, per alcuni versi, inefficace rispetto alle esigenze attuali di governo dell’economia.

Gli artt. da 19 a 24 del t.u.b., come è noto, predispongono un sistema di soglie rilevanti ai fini autorizzativi, di requisiti oggettivi e soggettivi per l’acquisizione di interessenze, di obblighi informativi e di sanzioni. In particolare, per quanto qui rileva, l’art. 19, prevedendo che le imprese industriali non potessero superare il 15% del capitale della banca partecipata o acquisirne il controllo, confermava la previsione legislativa del principio di “separatezza” fra industria e banca.

Rinviando ai numerosi contributi sul tema (da sempre all’attenzione della dottrina), qui ci si limita a ricordare come le disposizioni sulle partecipazioni delle imprese non finanziarie avessero, tra l’altro, le finalità di evitare indebite interferenze gestionali (causate da commistioni societarie) e di consentire alle banche di svolgere appieno la funzione di valutazione del merito di credito dei soggetti finanziati, nel rispetto della “sana e prudente gestione” (5).

2. Le partecipazioni dei soggetti non finanziari e la direttiva 2007/44/CE (cenni).

Va detto che anche in materia di controllo degli assetti proprietari delle

banche la normativa italiana trova la sua origine nell'ordinamento comunitario che, però, non prevedeva alcun limite partecipativo incentrato sulla natura dell'aspirante socio bancario (6). Pertanto, la disciplina italiana si presentava più restrittiva rispetto alle previsioni della seconda direttiva di coordinamento in materia bancaria (646/89/CE), il cui approccio mirava ad una armonizzazione "minima" lasciando spazio, appunto, a normative nazionali per alcuni versi più "rigide".

La situazione cambia radicalmente con l'affermarsi del criterio dell'armonizzazione "massima" anche nell'ambito della disciplina comunitaria dei mercati finanziari. Così, quello che in passato era solo un "orientamento" di neutralità verso la natura dei futuri soci delle banche, con la direttiva 2007/44/CE (7) diviene un obiettivo, imposto a tutti gli Stati membri, finalizzato ad eliminare le differenze esistenti in materia tra le varie legislazioni nazionali.

In sostanza, le norme comunitarie hanno definitivamente "scollegato" la disciplina delle partecipazioni al capitale delle banche da criteri di qualificazione soggettiva dell'aspirante socio, rendendo così inapplicabile, di fatto, il limite del 15%, imposto dal t.u.b., all'acquisizione della proprietà bancaria da parte di imprese industriali.

La direttiva 2007/44 ha un impatto notevole sulla disciplina italiana delle partecipazioni al capitale delle banche producendo una serie di effetti ulteriori, oltre all'abolizione della soglia del 15%, sui quali ci si soffermerà in seguito (infra par. 4 ss.).

3. L'art. 14 della legge 28 gennaio 2009, n. 2 e il (tentato) recepimento della direttiva 2007/44/CE.

La direttiva doveva essere recepita nell'ordinamento italiano entro il 21 marzo 2009 e, in tal senso, sembrava avesse provveduto la legge 28 gennaio 2009, n. 2 (8) il cui art. 14 rimuove parte dei limiti contenuti nel t.u.b. e connessi alla natura non finanziaria del soggetto partecipante. La sensazione che fosse questo l'atteso provvedimento di recepimento della direttiva trova conferma nel dato testuale della rubrica di cui al medesimo art. 14: "Attuazione della direttiva 2007/44/CE sulla partecipazione dell'industria nelle banche [corsivo ns.]; disposizioni in materia di amministrazione straordinaria e di fondi comuni di investimento speculativi (cd. hedge fund)", la cui redazione è approssimativa, ma inequivocabile.

Venendo al dato normativo, l'art. 14, comma 1, della legge n. 2/2009, è intervenuto sull'art. 19 del t.u.b. abrogandone i commi 6 e 7 e sopprimendo al comma 8-bis le parole "e il divieto previsto dal comma 6": è stata così eliminata, in sostanza, la previsione legislativa della separatezza tra imprese non finanziarie e banche.

La norma, tuttavia, non si limita a questo intervento di modifica della disciplina del t.u.b., ma prevede altresì che «ai soggetti che, anche attraverso società controllate, svolgono in misura rilevante attività d'impresa in settori non bancari né finanziari l'autorizzazione prevista dall'articolo 19 [...] è rilasciata dalla Banca d'Italia ove ricorrano le condizioni previste dallo stesso articolo e, in quanto compatibili, dalle relative disposizioni di attuazione». Essa, stabilisce, infine, che «con riferimento a tali soggetti deve essere, inoltre, accertata la competenza professionale generale nella gestione di partecipazioni ovvero, considerata l'influenza sulla gestione che la partecipazione da acquisire consente di esercitare, la competenza professionale specifica nel settore finanziario. La Banca d'Italia può chiedere ai medesimi soggetti ogni informazione utile per condurre tale valutazione».

Il primo dato che balza all'attenzione è la scadente fattura redazionale della disposizione la quale presenta ripetizioni e uso atecnico degli stessi termini con accezioni diverse nell'arco di poche righe ("gestione", "competenza"), il che non appare però un elemento di novità nella produzione legislativa degli ultimi anni e, quindi, potrebbe anche ritenersi aspetto poco rilevante ai fini della sua effettività normativa.

Inoltre, trattandosi con tutta evidenza di una disciplina diretta a capovolgere, almeno in apparenza, un "assioma" dell'ordinamento finanziario italiano – ossia la separatezza banca-industria – è comunque compito dell'interprete provare a darne una lettura in relazione all'insieme delle disposizioni in materia di assetti proprietari delle banche (9) e ai principi generali della regolazione dei mercati finanziari, seppure con tutti i limiti derivanti sia dalle caratteristiche della norma in

questione (di cui si dirà a breve), sia dalla novità della stessa.

Non sembra si possa dubitare che attraverso l'abrogazione del comma 6 dell'art. 19, l'obiettivo principale della direttiva 2007/44 sia parzialmente raggiunto, seppure sarebbe stato più corretto, dal punto di vista sistematico, procedere alla riformulazione del medesimo art. 19 per armonizzare gli obblighi derivanti dalla normativa comunitaria con la disciplina complessiva del Capo III del t.u.b., come del resto era previsto in alcune delle proposte di recepimento della direttiva (10).

Conseguenza della scelta (se di scelta si può parlare) di recepire la direttiva al di fuori della sua sede naturale (il t.u.b.) è la previsione della necessità di concedere l'autorizzazione, nel rispetto della normativa vigente, ai soggetti non finanziari che intendono acquisire partecipazioni nel capitale di banche. Disposizione che appare tautologica, dal momento che l'elisione dei limiti partecipativi evidentemente non può dispensare le imprese non finanziarie dall'osservanza dei principi generali – e della relativa normativa secondaria – per l'acquisizione di tali interessenze.

In aggiunta, non v'è cenno, nell'art. 14, delle altre modifiche che la direttiva imporrebbe di apportare alla disciplina italiana (elevare al 10% la soglia minima rilevante, ecc.; cfr. art. 12 ss. direttiva 2007/44), per cui da questo punto di vista il recepimento si presenta incompleto.

Vi è, da ultimo, il capoverso finale del comma 1, il quale pone a prima lettura numerosi problemi, soprattutto perché rischia di vanificare uno degli obiettivi "dichiarati" della disciplina, ossia quello di «agevolare l'afflusso di capitali nel patrimonio delle banche» (11).

Questa parte della norma prevede che i soggetti non finanziari, per acquisire partecipazioni nel capitale di una banca, debbano possedere una «competenza professionale generale nella gestione di partecipazioni» ovvero una «competenza professionale specifica nel settore finanziario». Requisito che va accertato dalla Banca d'Italia a cui viene attribuita specificamente la facoltà di acquisire informazioni per effettuare tale valutazione.

Una prima questione interpretativa attiene all'ambito di applicazione oggettivo della disposizione: non è chiaro, infatti, se essa concerna l'acquisizione di qualsiasi partecipazione o solo di quelle eccedenti determinate soglie quantitative (ad esempio, il "vecchio" limite del 15%) o di controllo.

L'opzione per l'una o l'altra soluzione ha, ovviamente, distinte conseguenze. Nel primo caso, si renderebbe estremamente gravoso il regime di acquisizione delle partecipazioni da parte di soggetti non finanziari, che dovrebbero possedere i requisiti richiesti anche per l'acquisizione di quote non rilevanti del capitale, con evidente disparità di trattamento rispetto agli altri potenziali soci, ma soprattutto con un palese scostamento dalle finalità della disciplina. In sostanza, la "separatezza" finirebbe per rientrare nel sistema dalla "tradizionale" finestra, ma con connotazioni anche più rigorose rispetto al passato.

Nella seconda ipotesi, ma il dato letterale non consente di confermarlo, dovrebbe essere la normativa secondaria a specificare nel dettaglio le soglie quantitative oltre le quali occorre possedere la "competenza professionale", con i conseguenti problemi di eccesso di delega (e di discrezionalità delle autorità di vigilanza), rispetto ad una formulazione così generica.

Per altro verso, si deve notare che, in virtù del rapporto di "genere" a "specie" che lega attività finanziaria e attività di assunzione di partecipazioni la previsione della competenza richiesta risulta "a rovescio": quella "generale" dovrebbe riguardare la professionalità nel settore finanziario e quella "specifica", piuttosto, la gestione di partecipazioni. Ma sembrerebbe, questa, una ulteriore conseguenza dello scarso spessore redazionale della disposizione in esame.

Ciò detto, la "competenza professionale", generale o specifica che sia, è evidentemente un concetto da implementare, al fine di dare effettività alla disciplina delle partecipazioni. Per un verso, la previsione di requisiti particolarmente rigorosi, circa l'esperienza nel settore finanziario che deve essere posseduta dai soggetti industriali, rischierebbe di "pietrificare" il sistema, impedendo l'acquisizione di interessenze alla maggior parte delle imprese non finanziarie interessate. È pur vero che molte grandi imprese possiedono articolazioni operative (o divisioni) finanziarie, ma nella migliore delle ipotesi si taglierebbero fuori le imprese medio-piccole (che pure potrebbero avere interesse ad investire per questa via liquidità in eccesso) o quelle semplicemente prive delle menzionate propaggini organizzative.

Una definizione più “leggera” dei requisiti di “competenza professionale” appare dunque preferibile, anche se in tal caso la norma finirebbe con l’aver scarsa effettività applicativa, considerato che la quasi totalità delle imprese non finanziarie si troverebbe nella condizione di poter acquisire interessenze nelle banche. Per ovviare al problema, una strada percorribile potrebbe essere quella di imporre all’aspirante socio industriale (o meglio, ai suoi esponenti aziendali) i requisiti di professionalità stabiliti dal t.u.b. e dalla normativa secondaria per gli esponenti aziendali (delle banche). Ma si tratta di soluzione che richiederebbe, ovviamente, un rinvio esplicito all’art. 26 t.u.b. oppure la formulazione di un’apposita disposizione.

Da ultimo, una notazione di tecnica legislativa collegata, ancora, alla decisione di non “riscrivere” l’art. 19, limitandosi ad abrogarne i commi 6 e 7. Si tratta di una scelta, con buona probabilità inconsapevole (in questo caso), che si inserisce però in una deteriore tendenza “centrifuga” rispetto alla regolamentazione contenuta nei testi unici del settore finanziario. Sono numerosi ormai i casi di modifiche a norme di t.u.b. e t.u.f. che non avvengono attraverso la riformulazione delle stesse, ma con il permanere delle “nuove” disposizioni in impianti legislativi (sovente) di altra natura. Ne sta conseguendo una rinnovata frammentazione della disciplina primaria del settore finanziario che, anche a causa di una normativa secondaria sempre più complessa e stratificata, non può che andare a detrimento della linearità normativa e della coerenza sistemica dell’ordinamento finanziario.

Ma al di là di considerazioni tanto generali, appare evidente come la norma in esame sollevi numerosi profili problematici, specie a causa di una formulazione che (per fretta e approssimazione) non tiene in debito conto le esigenze di inquadramento di una modifica così rilevante negli assetti complessivi dell’ordinamento bancario.

In questo quadro, perverso già poco confortante, si viene a inserire il Provvedimento del Governatore del 12 maggio 2009.

4. Il Provvedimento del Governatore della Banca d’Italia del 21 maggio 2009 avente ad oggetto: “Direttiva 2007/44/CE in materia di acquisto di partecipazioni qualificate in banche, assicurazioni e imprese di investimento”.

Il Provvedimento in questione consta di una breve parte introduttiva e di due allegati, il primo concernente “Disposizioni della direttiva 2007/44/CE, relativa a regole procedurali e criteri per la valutazione prudenziale di acquisizioni e incrementi di partecipazioni nel settore finanziario, di diretta applicazione alle banche e alle capogruppo di gruppi bancari” e il secondo di analogo oggetto, ma riguardante le società di intermediazione mobiliare.

Questo documento afferma, anzitutto, che la direttiva 2007/44 non è stata recepita entro la scadenza prevista del 21 marzo 2009, ma che, in considerazione del livello di dettaglio della disciplina comunitaria e sulla base di una «impostazione condivisa dal Ministero dell’Economia e delle finanze» le disposizioni della direttiva stessa hanno efficacia diretta nell’ordinamento italiano; «esse, pertanto, devono essere applicate anche se in contrasto o non previste dal quadro normativo nazionale allo stato vigente».

Già queste prime affermazioni pongono una serie di questioni che vanno dalla individuazione della natura giuridica del Provvedimento (normativa, di indirizzo, interpretativa?) al rapporto con la legge n. 2/2009, alle connessioni tassonomiche tra le fonti dell’ordinamento bancario (ad esempio, l’applicazione diretta della disciplina comunitaria – persino in contrasto con norme vigenti – è affermata da un provvedimento, sostanzialmente, amministrativo).

In definitiva, la situazione appare tutt’altro che fluida. Ma prima di provare a dare alcune risposte è opportuno esaminare quanto meno i principali contenuti del Provvedimento del Governatore con riferimento a talune integrazioni e “disapplicazioni” della disciplina vigente.

4.1. Partecipazioni soggette agli obblighi autorizzativi.

La parte del Provvedimento che qui rileva è l’Allegato 1, relativo appunto alla partecipazione al capitale delle banche, che si apre con l’individuazione delle fattispecie partecipative da assoggettare agli

obblighi autorizzativi.

La direttiva 2006/48 (artt. 12 e 19), come modificata dalla direttiva 2007/44, incide su alcune delle soglie rilevanti ai fini dell'autorizzazione ex art. 19 t.u.b., stabilendo che deve essere autorizzato chiunque (da solo o di concerto) intenda acquisire, direttamente o indirettamente, partecipazioni in banche o capogruppo che (considerate quelle già possedute) danno luogo: a) a una partecipazione pari o superiore al 10% ovvero al raggiungimento o superamento delle soglie del 20%, 33% e 50% del capitale sociale o dei diritti di voto; in verità, la direttiva prevede la soglia del 30%, ma consente al contempo la permanenza di quella del 33%, laddove presente nelle norme nazionali vigenti; b) alla possibilità di esercitare un'influenza notevole sulla gestione; c) al controllo.

Di conseguenza – si afferma nel Provvedimento – deve essere disapplicato l'art. 19, comma 1, nella parte in cui prevede l'autorizzazione per l'acquisto di una partecipazione superiore al 5% del capitale di una banca (12). Soglia che rimane ferma, tuttavia, ai fini degli obblighi informativi di cui all'art. 20, comma 1, t.u.b.

D'improvviso, il Provvedimento fa riferimento alla disciplina di attuazione in vigore e si "rammenta" che l'art. 14 della legge n. 2/2009, «al fine di dare prima attuazione alla direttiva 2007/44», ha abrogato i commi 6 e 7 dell'art. 19. Si riporta poi il contenuto della norma e si afferma, in maniera alquanto singolare, che «alle citate previsioni [ossia all'art. 14] si applica, ovviamente, quanto illustrato nella presente comunicazione» (corsivi ns.).

Si tratta con evidenza di una "disposizione" anomala perché va a invertire il normale nesso funzionale tra norme primarie e secondarie tipico delle fonti del settore bancario. Si dubita, però, fortemente che questo documento abbia efficacia normativa, quanto piuttosto interpretativa e/o "illustrativa" (come lo stesso Provvedimento afferma) delle norme comunitarie direttamente applicabili nell'ordinamento nazionale. E allora, visti anche gli ambiti di incidenza differenti, è normale chiedersi come possa "applicarsi" un provvedimento di indirizzo concernente la efficacia diretta di norme comunitarie ad una legge nazionale di recepimento delle norme medesime.

Il Provvedimento del Governatore fa poi riferimento alle modalità di calcolo delle soglie rilevanti, indicando i criteri previsti dalle norme comunitarie e le diverse ipotesi di esclusione dal computo dei diritti di voto, che si sostanziano nel non considerare le interessenze detenute temporaneamente, a fini di mera negoziazione e, comunque, quelle che non presentano una rilevante incidenza gestionale (in relazione ai criteri previsti dalla direttiva) (13).

4.2. I criteri per la valutazione dell'istanza di autorizzazione: dalla "reputazione" del candidato acquirente (di cui alla direttiva 2007/44) alla "competenza professionale" dei soci non finanziari (ex legge n. 2/2009).

Sulla base della normativa comunitaria (14), la Banca d'Italia deve valutare il progetto di acquisizione, al fine di tutelare la gestione sana e prudente della banca coinvolta, avvalendosi di precisi criteri: a) la reputazione del potenziale acquirente; b) la reputazione e l'esperienza dei soggetti che svolgeranno funzioni di amministrazione, direzione e controllo nella banca (15); c) la solidità finanziaria del candidato acquirente; d) la capacità della banca di continuare a rispettare le disposizioni di vigilanza; e) la verifica del rispetto delle norme in materia di riciclaggio di proventi di attività illecite o di finanziamento del terrorismo (v. direttiva 2005/60/CE).

Rinviando alla lettura del Provvedimento per l'analisi di tali criteri, qui ci si sofferma brevemente su quello sub a), poiché potrebbe fornire soluzione ad uno dei problemi sopra evidenziati in merito all'art. 14 della legge n. 2/2009, ossia la definizione della "competenza professionale" degli aspiranti soci non finanziari.

Appare evidente come l'organo di vigilanza debba valutare la "qualità" complessiva dell'aspirante socio e sembra potersi affermare che tale vaglio comprenda la verifica del possesso dei requisiti di onorabilità (di cui all'art. 25 t.u.b.), ma che debba estendersi anche alla correttezza nei comportamenti e nelle relazioni d'affari, nonché alla "competenza professionale", come del resto espressamente affermato dal Provvedimento del Governatore (16). Tuttavia, non si può fare a meno di notare come, anche nella direttiva questo concetto sia generico e

necessiti, quindi, di ulteriore specificazione che, come già affermato, potrebbe ottenersi applicando anche agli esponenti aziendali (o alle maggiori cariche sociali) degli aspiranti soci industriali i requisiti di professionalità previsti dall'art. 26 t.u.b.

Il Provvedimento "illustra" poi la disciplina comunitaria della procedura di autorizzazione con particolare riguardo ai termini per la valutazione delle istanze di acquisizione delle partecipazioni. Rinviando, ancora una volta, al testo per gli opportuni approfondimenti, qui ci si limita a evidenziare la previsione di tempi piuttosto serrati e l'applicazione del silenzio-assenso a conclusione dell'istruttoria, ciò al fine di garantire certezza e maggiore celerità del procedimento (17).

In chiusura, il par. 5 del Provvedimento "stabilisce" che «la disciplina comunitaria deve essere applicata nell'ordinamento italiano a partire dalla scadenza del termine per il suo recepimento» e che «le istanze di autorizzazione presentate dopo il 21 marzo 2009 saranno quindi esaminate modificando e/o integrando la disciplina vigente secondo quanto previsto nei precedenti paragrafi».

Anche in questo caso suscita alcune perplessità l'approccio utilizzato sia per la individuazione del momento di "entrata in vigore" della disciplina comunitaria nell'ordinamento nazionale, sia per l'auto-attribuzione della funzione di modifica/integrazione della normativa vigente, con buona pace della certezza del diritto per gli operatori e di almeno un paio di principi fondamentali dell'ordinamento giuridico.

Certo, è evidente (e del tutto condivisibile) l'intento di porre rimedio ad una situazione di stallo creatasi a seguito del "tentato" recepimento della disciplina comunitaria relativa a un settore delicato, come quello della regolazione degli assetti proprietari delle banche, proprio perché si va a "toccare" uno dei pilastri su cui si regge dall'inizio dello scorso secolo il sistema bancario italiano (la separatezza).

Poco condivisibili sono, invece, le modalità utilizzate che sembrano riproporre tentazioni autoreferenziali tipiche di un modo di "fare vigilanza" che si auspicava ormai superato per sempre. Non spetta certo alla Banca d'Italia porre rimedio alla "inconsistenza" di taluni legislatori, quanto piuttosto fungere da stimolo e dare supporto tecnico per la realizzazione di riforme del settore che consentano di evitare simili emparse.

5. Osservazioni conclusive (?).

I motivi per cui una norma dello Stato – l'art. 14 della legge n. 2/2009 – emanata espressamente per adempiere ad un obbligo di recepimento di direttive comunitarie, sia stata sostanzialmente ignorata da un provvedimento della Banca d'Italia sono palesi.

L'art. 14 è una disposizione mal scritta, del tutto scollegata dal tessuto normativo specifico (il testo unico bancario) e da quello generale (la disciplina del mercato finanziario). È norma incompleta nel suo (mal riuscito) tentativo di recepimento: non tiene conto di tutte le modifiche apportate dalla direttiva e, soprattutto, ignora che l'attuazione doveva riguardare anche società di intermediazione mobiliare e imprese di assicurazione. Pone, infine, una tale serie di problemi interpretativi e di contenuto da risultare, quasi certamente, inapplicabile (v. quanto già affermato infra par. 3).

Ecco perché la Banca d'Italia si è trovata costretta, in un certo senso, a ignorare il tentativo di recepimento avvenuto con la legge n. 2/2009 e a diffondere le "istruzioni" (in senso del tutto atecnico) per l'applicazione diretta delle disposizioni comunitarie.

L'art. 14, tuttavia, esiste ed è vigente. Se ne può, forse, ipotizzare la disapplicazione per contrasto con la direttiva, ma sicuramente non l'abrogazione per il tramite di un provvedimento amministrativo.

Quanto alla natura giuridica del Provvedimento appare arduo giungere a conclusioni univoche. Non sembrano esserci precedenti analoghi, se non ripensando magari all'esercizio delle tradizionali funzioni di moral suasion che però mai si sono estrinsecate in un provvedimento di tal genere.

Dunque, sulla base delle categorie generali, sembrerebbe trattarsi di un atto di indirizzo, privo di potere normativo, come confermerebbero anche i principi fissati dalla legge n. 262/2005 (c.d. legge sulla tutela del risparmio), ma al contempo vincolante per la stessa Banca d'Italia in quanto pur sempre diretto alle articolazioni organizzative di un'amministrazione statale.

Un complicazione (ulteriore), tuttavia, viene dalla stessa legge n. 262/2005 che ha spostato sensibilmente il baricentro di competenze e attribuzioni della Banca d'Italia verso una gestione collegiale, con la conseguenza che il Provvedimento in esame, essendo di valenza generale (seppure di mero indirizzo), doveva forse essere adottato dal Direttorio. Si potrebbe azzardare che non potendo più farvi ricorso nell'attuale sistema (18), la Banca d'Italia (rectius il Governatore) abbia optato per l'inedita via di una moral suasion "formalizzata" per gestire una situazione di "emergenza" normativa. Ma i dubbi restano e di non poco momento.

Dunque, allo stato permane una situazione di aporia normativa, solo momentaneamente "tamponata" dal Provvedimento del Governatore in cui, per altro, la affermata condivisione di intenti con il Ministero dell'economia sembra avere più la finalità (politica) di attenuare "frizioni" istituzionali che quella di conferire effettività applicativa ad una disciplina contraddittoria e disorganica (l'art. 14).

Situazione che, chiaramente, può essere risolta solo con un intervento legislativo che elimini questa "prova" di recepimento e riporti l'attuazione della direttiva 2007/44 nelle sue sedi naturali (t.u.b., t.u.f. e codice delle assicurazioni). Con l'auspicio però che, stavolta, si affidi la scrittura delle nuove norme a estensori dotati delle necessarie competenze tecniche.

Sia consentita, in ultimo, una breve digressione per sottolineare come il quadro della disciplina qui esaminata sia reso ulteriormente complesso, se possibile, dagli effetti della crisi finanziaria.

È singolare notare, infatti, come la disciplina comunitaria venga ad inserirsi negli ordinamenti nazionali proprio in concomitanza con una serie di salvataggi bancari, interventi che in alcuni Stati sono giunti fino alla nazionalizzazione degli intermediari coinvolti, al punto da far paventare il ritorno dei ruoli (obsoleti) dello "Stato imprenditore" e dello "Stato proprietario", con tutti i problemi legati a tali categorie concettuali (19). Ma preme qui evidenziare, piuttosto, come la presenza dello Stato nel capitale delle banche risulti difficilmente conciliabile con il mantenimento di assetti di mercato concorrenziali e, soprattutto, con l'obiettivo perseguito dalla disciplina comunitaria di agevolare la partecipazione al capitale delle banche, anche da parte di soggetti non finanziari. Si deve auspicare, pertanto, che si tratti di soluzioni temporanee dettate dall'esigenza far uscire dalla crisi il sistema bancario senza ulteriori stravolgimenti e che, passata la fase di emergenza, si pervenga al pieno rispetto da parte di tutti gli Stati membri delle norme della direttiva 2007/44/CE ossia di quello che può essere definito come il nuovo "modello" comunitario di regolamentazione degli assetti proprietari delle banche.

NOTE:

(1) Tale principio era stabilito dall'art. 19 t.u.b., ma definito esplicitamente di «separatezza banca-industria» nelle Istruzioni di vigilanza, Tit. II, Cap. I, Sez. I, Par. 1, p. 1; in argomento v. COSTI, L'ordinamento bancario, Bologna, 2007, p. 331 s.; id., Banca e industria, in RISPOLI FARINA (a cura di), La nuova legge bancaria, Napoli, 1995, p. 115; BRESCIA MORRA, Commento sub art. 19, in CAPRIGLIONE (a cura di), Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, Cedam, Padova, 2001, p. 159 ss.; BENOCCI, Fenomenologia e regolamentazione del rapporto banca-industria. Dalla separazione dei soggetti alla separazione dei ruoli, Pisa, 2007.

(2) Sulla evoluzione della disciplina in materia di partecipazioni al capitale delle banche si rinvia, tra gli altri, a PATRONI GRIFFI, Commento sub art. 19, in BELLI, CONTENUTO, PATRONI GRIFFI, PORZIO, SANTORO (a cura di), Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, Bologna, 2003, I, p. 288 ss.; MINERVINI, Dal decreto 481/1992 al testo unico in materia bancaria e creditizia, in Giur. comm., p. 826 ss.; id., Il vino vecchio negli otri nuovi, in Rispoli Farina (a cura di), La nuova legge bancaria, cit., p. 3 ss.; CAMPOBASSO, Le partecipazioni al capitale delle banche, in Banca, borsa, tit. cred., 1994, I, p. 295 ss.; GUACCERO, La partecipazione del socio industriale nella società bancaria, Milano, 1997; ANTONUCCI, Diritto delle banche, Milano, 2006, p. 165 ss.

- (3)** Sul punto, v. BRESCIA MORRA, sub art. 19, cit., p. 159 ss. e la dottrina ivi richiamata.
- (4)** In tal senso, v. anche PORZIO, *Le imprese bancarie*, Torino, 2007, p. 149 s.
- (5)** Finalità comune, peraltro, a quella, pur diversa, relativa alla partecipazione delle banche nelle imprese industriali; inoltre, evidenziava l'autonomia del criterio della sana e prudente gestione rispetto a quello della separatezza fra banca e industria (ora più che evidente), MANZONE, *Partecipazione al capitale delle banche*, in FERRO-LUZZI, CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Milano, 1996, I, p. 348; in argomento v., diffusamente, PATRONI GRIFFI, *Commento sub art. 19*, cit., p. 301 s.; e CAMPOBASSO, *Le partecipazioni al capitale delle banche*, cit., p. 300.
- (6)** Sul punto v. CAMPOBASSO, *Le partecipazioni al capitale delle banche*, cit., p. 302 ss.; PATRONI GRIFFI, *Commento sub art. 19*, cit., p. 302 ss.
- (7)** Direttiva del 5 settembre 2007, che modifica la direttiva 92/49/CEE del Consiglio e le direttive 2002/83/CE, 2004/39/CE, 2005/68/CE e 2006/48/CE per quanto riguarda le regole procedurali e i criteri per la valutazione prudenziale di acquisizioni e incrementi di partecipazioni nel settore finanziario.
- (8)** "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, recante misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale".
- (9)** Va ricordato che, per quanto riguarda il versante delle partecipazioni detenibili, disciplinate solo a livello regolamentare, è intervenuta la delibera del CICR del 29 luglio 2008, n. 276 che utilizza come parametro di riferimento il patrimonio della banca acquirente e non più quello della società partecipata (eliminando, quindi, i limiti previsti per le imprese non finanziarie), conformemente a quanto disposto dalla normativa comunitaria.
- (10)** Si vedano, a tal fine, i lavori preparatori al d.l. 29 novembre 2008, n. 185, reperibili in www.senato.it.
- (11)** Cfr. la Relazione illustrativa al d.l. n. 185/2008, in www.senato.it.
- (12)** Restano fermi gli obblighi di comunicazione previsti dalla Titolo II, Capitolo 1, Sezione III delle Istruzioni di Vigilanza vigenti; quelli relativi alle partecipazioni soggette ad obblighi autorizzativi si applicano con riferimento alle nuove soglie individuate dalla direttiva, cfr. Provvedimento, All. 1, p. 1.
- (13)** Cfr. art. 12 della direttiva 2006/48 e artt. 9, 10 e 12, paragrafi 4 e 5, della direttiva 2004/109, ma sul punto si rinvia diffusamente al Provvedimento, All. 1, par. 2, p. 2 s.
- (14)** Cfr. art. 19-bis della direttiva 2006/48, inserito dalla direttiva 2007/44.
- (15)** Per reputazione e esperienza degli esponenti aziendali si intendono i requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza di cui all'art. 26 t.u.b. Tale criterio trova applicazione nel caso in cui, a seguito dell'acquisizione della partecipazione, il potenziale acquirente sia in grado e intenda effettivamente nominare nuovi esponenti aziendali.
- (16)** Cfr. Provvedimento, cit., p. 5, nota 10, cpv.
- (17)** Cfr. Provvedimento, cit., p. 6 ss.
- (18)** In tal senso, cfr. MINERVINI, *La Banca d'Italia*, oggi, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, p. 627 S.
- (19)** In argomento, v. le riflessioni critiche di RISPOLI FARINA, *Note a margine dei «Tremonti bond»*, in *Le Società*, 2009.